



CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CLÁUSULAS DE EMPLEO Y CONDICIONES DE TRABAJO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA¹

PUBLIC PROCUREMENT AND EMPLOYMENT AND WORKING CONDITIONS' CLAUSES IN EUROPEAN UNION LAW

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

Universidade de Santiago de Compostela

Artículo recibido el 15 de febrero de 2016

Artículo aceptado el 1 de marzo de 2016

RESUMEN

El ordenamiento de la Unión Europea, paulatinamente, ha ido admitiendo la presencia de cláusulas de contenido sociolaboral en la contratación pública. La evolución histórica de la normativa pone de manifiesto que ha sido un proceso largo y lento, pero la nueva Directiva 2014/18/UE parece augurar la consolidación de esta situación. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido, por su parte, bastante errática. En un primer momento admitió, sin apoyo normativo alguno, la presencia de estas cláusulas en

¹ La primera versión de este trabajo fue presentada como conferencia bajo el título “La concurrence sociale dans le cadre des marchés publics européens” en el coloquio internacional “Concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l’Union Européenne: théorie et pratique(s)”, celebrado el 20 de noviembre de 2015 en Lyon. Este trabajo se enmarca en el proyecto DER2015-66922-R - La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia.

el tráfico jurídico público. A continuación, con las emblemáticas sentencias *Rüffert* y *Bundesdruckerei*, las tornas cambiaron completamente, al imponer taxativamente el respeto de las libertades mercantiles. La muy reciente sentencia *Regiopost*, en cambio, ha apostado firmemente por la admisibilidad de cláusulas sobre salario mínimo.

PALABRAS CLAVE: contratación pública, cláusulas sociales, cláusulas de empleo y condiciones de trabajo, Derecho de la Unión Europea.

ABSTRACT

EU Law, gradually, has incorporated the possibility of clauses related to social and work issues in public procurement. The historical evolution of this normative shows clearly the length of this slow itinerary; nonetheless, the new Directive 2014/18/EU can be seen as a herald of the consolidation of this trend. The case law of the European Court of Justice, on the other hand, has been erratic. In a first moment, it admitted, without any legal base, the presence of this type of clauses in the public legal traffic. Next, with the emblematic rulings *Rüffer* and *Bundesdruckerei*, the tables turned completely, imposing the most severe respect for the economic freedoms. Surprisingly, the recent ruling *Regiopost* has changed again the trend, betting firmly on the possibility of clauses establishing minimum wages.

KEYWORDS: public procurement, social clauses, employment and working conditions clauses, European Union Law.

SUMARIO

1. *El matiz terminológico previo: cláusulas sociales frente a cláusulas de empleo y condiciones de trabajo.*
2. *La normativa de la UE en materia de contratos públicos: un breve panorama histórico.- 3. El Derecho vigente.*
4. *El Derecho que llega.*
5. *Inciso: de nuevo sobre la transcendencia del Derecho de la competencia en el ámbito social.-*
6. *Los desplazamientos transnacionales de trabajadores en las Directivas de contratos públicos.*
7. *El caso Rüffert.*

8. *La sentencia Bundesdruckerei.*

9. *El inesperado cambio de sentido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el salario mínimo y los contratos públicos.*

10. *Elenco de bibliografía empleada.*

1. El matiz terminológico previo: cláusulas sociales frente a cláusulas de empleo y condiciones de trabajo

Antes de abordar el análisis de la legislación vigente en la Unión Europea y la futura, es necesario comenzar con una breve precisión terminológica. En la normativa que se recoge en este trabajo no faltan las menciones de orden social y laboral, pues tal es el deslinde terminológico: por un lado está “lo social” y por otro lo relativo al empleo y a las condiciones de trabajo.

La redacción inicial de estas cuestiones en la normativa y documentación que se expondrá, posiblemente elaborada en francés, parecía indicar una correspondencia con el *Droit social*, entendido en términos generales como el conjunto del Derecho del Trabajo, del Derecho de la Protección Social y el de la Asistencia Social, “llamado así por haber nacido de la preocupación de enfrentarse a la cuestión social surgida de la primera revolución industrial”².

Examinando las versiones lingüísticas del artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, esta dicotomía aparece planteada en términos legislativos, que en algunos idiomas puede parecer superflua o redundante, mientras que en otros casos sí tiene una trascendencia real. Así, se observa una mención al respeto del ordenamiento jurídico, en el caso del texto alemán (“sozial- und arbeitsrechtlichen”), checo (“sociálního a pracovního práva”), danés (“social-

² J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, 21ª ed., Dalloz, París, 2002, p.58: “[Le Droit du travail] compose, avec la droit de la sécurité sociale et celui de l’aide sociale, un droit social ainsi nommé parce que né du souci de traiter la question sociale surgie avec la première révolution industrielle”. Y matiza en la n.33, ibidem: “Droit social n’a pas le même sens en France ou en Belgique, par exemple, qu’en Allemagne (où il s’agit essentiellement du droit de la protection sociale). L’expression n’a pas, non plus, le sens que lui attribuait G. Gurvitch pour désigner un genre de droit dans lequel le tout (groupe, classe) intervient dans l’enchaînement des prestations et des devoirs (...). Bien que les fondateurs de la revue *Droit social* n’aient pas emprunté à ce sociologue très original, les deux usages de l’expression ont quelque rapport”. En la doctrina clásica española, cfr. E. Borrajo Dacruz, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 1996, p.48: “La expresión Derecho Social puede ser equívoca, pues es multívoca: comprende, al menos, tres posibles acepciones, a saber: el Derecho es social en cuanto regula (...) relaciones sociales (...); el Derecho se presenta como norma de *origen estatal* (legislación) y, a la vez, como norma de origen *social* (costumbres, usos sociales positivizados, etc) (...); el Derecho se inspira en la idea de justicia. *La idea social de la justicia* se manifiesta en el régimen jurídico del trabajo por cuenta ajena, y se habla así del Derecho *social* del Trabajo (...) la socialización del Derecho es uno de los fenómenos característicos de nuestro tiempo, y no sólo del Derecho de las relaciones de trabajo.” En contra, M. Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p.37: “Rechazar la afirmación *Derecho Social* con la mera afirmación de que se trata de un pleonismo porque todo derecho es social, es ignorar las profundas implicaciones de lo que en su día se llamó problema o *cuestión social*”.

og arbejdsmarkedslovgivning”), francés (“droit (...) social et du travail”), inglés (“social and labour law”), italiano (“diritto (...) sociale e del lavoro”), holandés (“sociaal en arbeidsrecht”), húngaro (“szociális és munkajogi követelményeket”) o , sueco (“social- och arbetsrättsliga”).

La versión en castellano, sin embargo, habla de obligaciones establecidas en materia “social o laboral”, ya no de Derecho. Las versiones portuguesa y rumana coinciden al referirse, respectivamente, a las “obrigações aplicáveis em matéria (...) social e laboral” y “obligățiile aplicabile în domeniul (...) social și al muncii”. En estos tres textos, la noción se aparta del terreno de la normativa y parece hacer referencia a una cuestión de perfiles más amplios y menos jurídicos.

Esta situación carecería, en el fondo, de trascendencia si el desarrollo real de la puesta en práctica de la normativa de la Unión Europea no hubiera borrado por completo la idea clásica reflejada en la mayor parte de los idiomas. En el tratamiento que se ha hecho en el siglo XXI de esta materia, los contenidos “sociales” se han alejado por completo de la vieja cuestión social. Responden hoy en día, en cambio, a los intereses de la sociedad contemporánea.

Es un ejemplo perfecto de esta evolución la enumeración incluída en el Libro Verde de 2011 sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE “Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”³: “proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad”.

Las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo, que se intentan deslindar aquí de las cláusulas simplemente sociales, también aparecen ejemplificadas en el Libro Verde, si bien no existe un listado comparable al anterior. Por el contrario, debe realizarse una criba, principalmente en la consulta dirigida por la Comisión a los *stakeholders*. Resultan especialmente relevantes las preguntas 74 y 75, donde se interrogaba, en la segunda, sobre las cláusulas sociales (entre otras), y en la primera por las abstrusamente redactadas “consideraciones sociales relacionadas con el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores”. La pregunta 76, por su parte, cuestionaba la conveniencia de establecer ya al nivel de la UE determinadas cláusulas generales de ejecución del contrato, en particular las relacionadas con el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores que participaban en su ejecución. Por último, al considerar si sería posible separar las cláusulas de este tipo de una vinculación estrecha con la ejecución del contrato, señalaba específicamente actuaciones concebidas como “política de empleo que respete la igualdad de género, o una política general de cuotas de empleo de categorías específicas de personas, por ejemplo, desempleados, personas con discapacidad”.

³ COM (2011) 15 final, de 27 de enero de 2011

En definitiva, la identificación de las cláusulas sociales con la materia sociolaboral ha concluido, aunque de forma laxa siga conservando su validez, dado lo inconstante de la terminología. La extensión del término es mucho más amplia que el más concreto “cláusulas de empleo y condiciones de trabajo” y apunta a distintas finalidades, especialmente tras afianzarse la idea de responsabilidad social empresarial. No obstante, hacer un caballo de batalla de esta cuestión es esfuerzo vano, ya que la inercia asegura la subsistencia de los términos empleados tradicionalmente.

2. La normativa de la UE en materia de contratos públicos: un breve panorama histórico

La importancia económica de la licitación pública en Europa no puede pasarse por alto. Las operaciones derivadas de la contratación del sector público en los años anteriores a las doctrinas económicas de la década de las ochenta representaba un segmento muy considerable del mercado. Incluso en años posteriores, en un modelo de menor intervención estatal, la relevancia económica del sector hacía especialmente deseable una regulación que favoreciera el tráfico internacional. De acuerdo con cifras manejadas por la propia Comisión Europea, hoy en día representa casi el 20% del PIB de la Unión⁴.

El acervo comunitario a propósito de la contratación pública tiene ya una larga tradición, que se remonta en el tiempo hasta el año 1971, con la tríada compuesta por la Directiva 71/304/CEE del Consejo, relativa a la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales, la Directiva 71/305/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y la Decisión del Consejo, de 26 de julio de 1971, de creación de un Comité consultivo para los contratos públicos de obras.

En los años 90, el acervo comunitario se dotó de varias normas que abordaban de forma pormenorizada la cuestión. Se trataba, entre otras, de las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y

⁴ T. Schulten et al, *Pay and other social clauses in European public procurement. An overview on regulation and practices with a focus on Denmark, Germany, Norway, Switzerland and the United Kingdom* (http://www.boeckler.de/pdf/wsi_schulten_pay_and_other_social_causes.pdf), p.4: “In 2010, the public sector in the European Union (including public authorities at all levels, state agencies and state-owned enterprises) spent more than 2,400 billion Euros for works, goods and services. This amount corresponds to nearly one fifth (19.7 per cent) of total EU Gross Domestic Product (GDP) varying between 10.5 per cent of GDP in Cyprus and 30.6 per cent in the Netherlands. The money is spent by a very large number of more than 250000 contracting authorities in Europe. In recent years the economic importance of public procurement has even been growing as many European states have followed a policy of liberalisation and privatisation of public services, so that the state no longer provides such services itself directly but purchases them from private companies and other organisations”. [última consulta 7 de diciembre de 2015].

93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Merece la pena señalar, para ir abordando ya el tema que centrará el contenido de este trabajo, que en ninguna de ellas había la mínima mención de la materia social⁵. Era un claro testimonio de la preponderancia de la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea sobre la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales⁶, incluso en la época en que Jacques Delors intentaba insuflar un *alma social* en el naciente Mercado interior.

La carencia normativa, en cualquier caso, era evidente. En 1996 se adoptó el Libro Verde “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”⁷, por iniciativa del entonces comisario de Mercado Interior, Mario Monti, ya en la Comisión Santer. El libro dedicaba un epígrafe específico, dentro del capítulo “Contratación pública y otras políticas comunitarias”, a “contratación pública y políticas sociales”, los apartados 5.38 a 5.44. El tratamiento era manifiestamente pobre, ofreciendo ejemplos tan pintorescos como calificar de cláusula social la exclusión de los empresarios que hubieron cometido delitos contra su moralidad profesional. Incluía algunas reflexiones sobre las cláusulas de acción positiva y la distinción entre concesión y ejecución del contrato, pero terminaba concluyendo la necesidad de una comunicación interpretativa del acervo vigente que aclarase “las posibilidades que el derecho de contratación pública ofrece a las diversas categorías afectadas para realizar los objetivos comunitarios y nacionales de política social. Asimismo, es necesario determinar si estas posibilidades son suficientes para responder a las necesidades, o si serán necesarias otras medidas para garantizar la consecución de estos objetivos en la aplicación de las normas comunitarias sobre los contratos públicos, al tiempo que se salvaguarda una competencia leal”. Las palabras terribles de cierre anunciaban como heraldo de catástrofe lo había de ser el devenir jurisprudencial, no mucho tiempo después, de la materia ante el Tribunal de Justicia en Luxemburgo.

En su Comunicación de 1998 “La contratación pública en la Unión Europea”⁸, la Comisión intentó resolver algunos de los interrogantes que se habían planteado en el Libro Verde y entre ellos se contaba la vertiente social. Bajo el pomposo título “Alcanzar y consolidar un efecto de sinergia con otras políticas comunitarias”, la Comisión dedicó un epígrafe a esta cuestión. Básicamente, admitió la posibilidad de excluir contratistas que violasen la

⁵ S. Rodríguez Escanciano, *Cláusulas Sociales y Licitación Pública*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, p.159: “Muy significativo es también el hecho de que durante los trabajos de preparación de la Directiva 1993/37 (...) los Estados miembros se manifestaran explícitamente en contra de la introducción de criterios de carácter no estrictamente económico para la adjudicación de los contratos”. En las palabras de la Abogado General Kokott, en sus Conclusiones en el asunto C-368/10, “La persecución de objetivos medioambientales y de política social estuvo proscrita durante mucho tiempo por la legislación en materia de contratación pública, lo que se manifestaba, entre otras cosas, en el uso de la expresión «objetivos ajenos a la adjudicación»”.

⁶ Observatoire social européen, “Les clauses sociales dans les marchés publics” (<http://www.ose.be/files/publication/fichesFEC/39-%20Clauses%20mp.pdf>) [última consulta 2 de diciembre de 2015].

⁷ COM (96) 583 de 26 de noviembre de 1996

⁸ COM (98) 143 de 11 de marzo de 1998

legislación social vigente y aceptó la posibilidad de incluir cláusulas de acción positiva, favoreciendo a mujeres y a colectivos desfavorecidos, como condición de ejecución del contrato. Consideraba, en definitiva, que aunque no existieran previsiones expresas, había suficiente margen de actuación para los poderes públicos. Pero no zanjó de forma completa la cuestión: la comunicación interpretativa de la dimensión social quedaba todavía pendiente de desarrollo y elaboración.

Estos llegaron en 2001, con la “Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos”⁹. La preocupación central de la Comisión, en todo caso, era evitar que se produjeran situaciones donde se eliminase a los competidores extranjeros. Bajo ningún concepto podría tolerar el ejecutivo comunitario que con la forma de preocupaciones sociales se establecieran barreras a la libre competencia y en varios párrafos del texto se recalca esta cuestión¹⁰.

3. El Derecho vigente

En el momento de cerrarse estas líneas, están vigentes, ya por poco tiempo, dos Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, ambas de 31 de marzo de 2004, que simplificaron el panorama legislativo existente¹¹. Se trata de la Directiva 2004/17/CE, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de

⁹ COM (2001) 566 de 15 de octubre de 2001

¹⁰ G. Zúñiga Rial, “El tratamiento de las cláusulas sociales en la normativa reguladora de la contratación pública. Su consideración como criterios de adjudicación de los contratos administrativos”, *Dereito*, 17, 2, 2008, p.72: “En todo caso, la Comisión se cuida de establecer que tales cláusulas o condiciones de ejecución deberán atenerse al Derecho Comunitario y, en particular, no tener un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de otros Estados, debiendo igualmente, y en aras del necesario cumplimiento del principio de transparencia, ser objeto de mención expresa en el anuncio del contrato, a fin de que los candidatos o licitadores tengan conocimiento de ellas”.

¹¹ Nótese que fueron aprobadas poco tiempo antes de la gran ampliación al Centro y el Este de Europa de 2004. Como señala el informe elaborado por F. Renvoisé et al, *Les clauses sociales dans la commande publique du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, et du ministère de l'égalité des territoires et du logement* (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000044.pdf>), p.7: “il est incontestable que la réflexion européenne structure celle conduite au plan national dans tous les États membres. C'est vrai pour la France qui a pourtant une tradition juridique bien établie, mais c'est vrai peut-être plus encore pour les nouveaux États membres, dont les marchés sont désormais ouverts à toutes les entreprises établies en Europe, et les entreprises françaises y sont très présentes. L'apport de la démarche européenne à la sécurité juridique souhaitée à juste titre par les entreprises est de ce point de vue indiscutable”. Las Directivas de 2004 podrían ser vistas, por lo tanto, como un intento de estructurar la competencia en mercados públicos que iban a abrirse a las grandes potencias industriales y de servicios europeas, alterando ligeramente el punto de vista. El mismo informe, p.9, señalaba la decisiva importancia de la jurisprudencia inicial del Tribunal de Justicia: “Et c'est à ces conditions que les deux types de clauses ont cessé définitivement d'être « étrangers aux marchés », autorisant d'utiliser la commande publique comme un levier de lutte contre le chômage et comme un levier de protection de l'environnement. Dans un souci de garantir la sécurité juridique, le législateur européen, profitant de la réforme/codification intervenue en 2004, a introduit pour la première fois en droit positif la possibilité de recourir aux clauses sociales dans les marchés publics”. [última consulta 7 de diciembre de 2015].

los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicio. Como se puede ver, una está dedicada a objetivos específicos, los denominados “sectores excluidos”¹², mientras que la otra adopta un perfil más general. No ha de olvidarse, no obstante, que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluso los contratos públicos que no quedan cubiertos por el ámbito de las Directivas están sometidos a las disposiciones generales de los Tratados, en especial en lo que concierne al Derecho de la competencia y a la libre prestación de servicios.

La Directiva 2004/18/CE recogió, al menos formalmente, lo indicado en las Comunicaciones de la Comisión expuestas, abriendo la puerta a la denominada “utilización estratégica de la contratación pública”¹³, la “modulación teleológica de las reglas de la contratación administrativa”¹⁴. La preocupación que transmitían los diversos documentos de trabajo intermedios hallaba así un cierto acomodo en la normativa de la Unión, gracias a la intervención del Parlamento Europeo en el proceso legislativo¹⁵.

Todo el elenco de menciones podría, en una síntesis preliminar, agruparse en tres escalones. En primer lugar, el establecimiento del objeto mismo del contrato con una finalidad sociolaboral¹⁶; en segundo lugar, la utilización de estándares laborales como criterio de selección; y en tercer lugar, el empleo de indicadores laborales para la selección o la exclusión de candidatos¹⁷.

Así, en sus considerandos iniciales, se hablaba del empleo y del trabajo como elementos esenciales para la obtención de la igualdad en la sociedad y la consecución de la igualdad de

¹² L. Cosculluela Montaner, “La Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Española de Control Externo*, 27, 2007, p.16.

¹³ P. Costa Gonçalves, “A “nova contratação pública”. As directivas de 2014”, en VV.AA. (M. Almeida Cerredá, I. Martín Delgado, dirs.), *La nueva contratación pública*, Campus na nube, Santiago de Compostela, 2015, p.24.

¹⁴ S. Rodríguez Escanciano, cit., p. 21. En p.113: “Su principal finalidad debe ser la institucionalización de un modelo de competencia funcional, eficaz y efectiva, el cual debe tomar en consideración los costes sociales reales que el propio sistema competitivo genera”.

¹⁵ Observatoire social européen, “Les clauses sociales dans les marchés publics”, cit., p.4: “Les ministres ont notamment abouti à un compromis ambigu sur la possibilité de prendre en compte des considérations sociales lors de l’adjudication des marchés. Le texte de l’accord permet clairement la prise en compte de critères environnementaux lors des adjudications, en classant les « caractéristiques environnementales » parmi les critères d’attribution. Le cas des critères sociaux, comme l’emploi obligatoire de personnes handicapées ou exclues du marché du travail, est beaucoup plus ambigu”.

¹⁶ Sobre la nueva Directiva de 2014, E. Larrazábal Astigarraga, “Las cláusulas sociales en la contratación pública y la posibilidad de establecer un salario mínimo en la ejecución de los contratos”, *Lan Harremanak*, 31, 2014, p.142: “La Directiva, como novedad respecto a su antecesora, aclara el significado de dicha vinculación: existirá siempre que el criterio de adjudicación haga referencia a cualquier factor que interviene en el proceso específico de producción, prestación o comercialización, incluyendo las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato”.

¹⁷ Cfr. E. Román Vaca, “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho comunitario. El ejemplo sevillano”, *Revista de Derecho Social*, 36, 2006, pp.209-10: “Está claro que la oposición empresarial a este tipo de Pliegos, como la de la Comisión Europea, pretende basarse en el sacrosanto principio de la libre competencia. Pero, con la debida transparencia, ¿en qué dañan las cláusulas sociales a la libre competencia? Debidamente publicitadas, todas las empresas son conocedoras de los criterios a utilizar por la Administración y todas podrán acomodar a los mismos su política laboral para concurrir en igualdad de condiciones con los demás”.

oportunidades. Con esta entrada, se anunciaba la posibilidad de reservar la participación o de condicionar la ejecución de los contratos públicos a la intervención de establecimientos especializados en el empleo de discapacitados.

En línea con esta afirmación, posteriormente se señalaba que las condiciones a la hora de licitar contratos públicos podían tener como objeto “favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro”, entre otras finalidades admitidas. Como se ve, en estos escenarios el empleo sería un elemento central a la hora de perfilar el contrato mismo¹⁸.

En la enumeración ejemplificativa recogida en el considerando 33, referente a la ejecución del contrato, se hablaba de “contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional”.

Inmediatamente a continuación, el considerando 34 señalaba algo obvio. Pero que sin embargo haría bueno el dicho de Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord: “Ce qui va sans dire va encore mieux en le disant”. La obviedad era señalar que “las leyes, reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como comunitarios, vigentes en materia de condiciones de trabajo y de seguridad del trabajo, se aplicarán durante la ejecución de un contrato público, siempre que dichas normas, así como su aplicación, se ajusten al Derecho comunitario”. Es de imaginar que el resto del ordenamiento jurídico se encuentra sometido a la misma condición sin que la Directiva lo mencione, salvo que la finalidad no declarada de este artículo sea recalcar la espada de Damocles que pende sobre la legislación laboral. La afirmación de que su incumplimiento podría acarrear la exclusión de la licitación tendría, a finales de 2015, insospechadas consecuencias judiciales.

Todas estas intenciones se traducían en varios preceptos de la Directiva. En primer lugar, el artículo 19 abría la posibilidad de condicionar tanto las licitaciones como su ejecución a la participación en ella de trabajadores discapacitados, concretamente en el caso de empresas en las que la mayoría de su personal tuviera tal condición. El título del artículo, “contratos reservados”, indica claramente la potestad del poder público de acotar este tipo de contratos cuando la finalidad lo justifique¹⁹. No obstante, no puede dejar de observarse, con una

¹⁸ J. A. Pérez-Ilzarbe, “Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público”, *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales*, 40, 2006 p.24: “Salvando las posibles reservas para talleres protegidos destinados a personas con discapacidad, la Comunidad Europea ha optado por priorizar la libre competencia a escala europea en la contratación administrativa bajo su control. No será fácil que admita de verdad a escala europea criterios de adjudicación como, por ejemplo, el del porcentaje de empleo fijo en la empresa, puesto que el coste del despido difiere en cada país. Tampoco coinciden en todos los países conceptos como el de “grupos en riesgo de exclusión social”, pongamos por caso”

¹⁹ M. R. Vallecilla Gámez, “Cláusulas sociales y empresas de inserción: de las inciertas subvenciones a la creación de mercados tutelados”, *Trabajo. Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, 21, 2008, pp.24-5: “Más explícita, con expresión de un gran

lamentable dosis de pragmatismo, que la escasa cuantía económica de este tipo de contratos permite al ordenamiento de la Unión Europea salvar la cara presentando una sensibilidad social que implica un coste escaso, sino nulo, para la libre prestación de servicios.

A propósito de otro tipo de limitaciones, en su artículo 26, la Directiva recogía que “las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental”. La mención ha de entenderse, no obstante, con las precisiones terminológicas apuntadas antes. Ya no se piensa únicamente en el trabajo y en el empleo sino en otros beneficios para la sociedad.

A su vez, su artículo 27.1 señalaba que “el poder adjudicador podrá señalar, o ser obligado por un Estado miembro a señalar, en el pliego de condiciones, el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a (...) las disposiciones en materia de protección y a las condiciones de trabajo vigentes en el Estado miembro, la región o la localidad en que vayan a realizarse las prestaciones y que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato”. Estos deberes de información sobre el estándar laboral no tienen, verdaderamente, gran relevancia, ya que en poco difieren del obligado cumplimiento de la normativa vigente.

Por último, esta exigencia se puede traducir, así mismo, en la capacidad para el Estado (artículo 55) de revisar las ofertas anormalmente bajas, cuando dicha anomalía pueda provenir del incumplimiento de la normativa laboral.

La puesta en práctica de esta normativa tenía su *manual de instrucciones* en un documento preparado por la Comisión, conjuntamente por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades y por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios, titulado “Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”²⁰. No puede pasarse por alto el simbolismo del título, que ya acogía la moderna terminología de “responsabilidad social”, así como la casi incompresible mención de las adquisiciones sociales, una mala traducción del francés “Acheter social”.

Este texto ofrecía una caracterización ejemplificativa de este tipo de cláusulas, que no puede ser considerada de ningún modo exhaustiva: Las «contrataciones públicas socialmente responsables» se refieren a las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades²¹, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios

número de matices resulta la definición desarrollada en el ámbito comunitario en el año 2004 (...) en el que contempla una definición muy extensa de partenariado público-privado, incluyendo, no solamente algunos contratos públicos sino también partenariados institucionales del estilo de las sociedades de economía mixta, siendo este último el que realmente nos interesa desde la perspectiva de las empresas de inserción”.

²⁰ El propio texto indicaba como su base el documento de la Comisión Europea SEC (2010) 1258

²¹ S. Rodríguez Escanciano, cit., p.169: “Vistas las previsiones de estas dos Directivas [2000/78/CE y 2006/54/CE], cabe llegar a la conclusión de que la inclusión de las cláusulas de calidad social entre los criterios

de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (RSE), a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y las Directivas de contratación”²².

Es fácil constatar que la noción se expande de nuevo, en un conjunto social 2.0 donde casi todo tiene cabida. El documento desarrollaba con una cierta intensidad la mencionada lista, elaborando un apreciable catálogo de cuestiones sociolaborales que permitirían matizar los contratos públicos, si se llegaran a aplicar en toda su extensión. Y seguía a continuación, de forma un tanto sorprendente, un excursus sobre la vinculación entre los contratos públicos y el modelo social europeo. El resto del documento contenía instrucciones detalladas para las Administraciones Públicas nacionales sobre la forma de incorporar este tipo de cláusulas a sus licitaciones²³.

4. El Derecho que llega

En 2016 entrarán en vigor dos nuevas Directivas, fruto casi póstumo de la Comisión Durão Barroso, que reemplazarán a las dos indicadas²⁴, y a las que se añade un tercer pilar relativo a las concesiones. No nacerán en el vacío, sino que forman parte de un amplio paquete de medidas, reflejado en la Comunicación de la Comisión “Hacia un Acta del Mercado Único: por una economía social de mercado altamente competitiva”²⁵, la cual incluía la reforma sobre la contratación pública como una de las doce acciones prioritarias inscritas en la

de adjudicación de los contratos no constituye sino una acción positiva a favor de ciertos colectivos que no debe ser limitada sino potenciada, no en vano intentan acelerar el proceso de igualación de oportunidades y compensar una situación histórica y tradicional de inferioridad”.

²² Cfr. J. Bernete García, “Cláusulas sociales en la contratación pública: Nuevos instrumentos para el fomento del empleo a nivel local”, *Cuadernos de Trabajo Social*, 26, 1, 2013, p.86: “Se trata de concebir la contratación administrativa como un instrumento que posibilite políticas públicas transversales. Es una herramienta innovadora que puede dar un nuevo impulso a las políticas de empleo, a la inserción laboral de colectivos excluidos del mercado de trabajo, como parte de las políticas sociales de lucha contra la exclusión. Conecta perfectamente con uno de los ejes de la Estrategia Europea de «Inclusión Activa» que hace referencia a la vinculación con medidas activas del mercado laboral propiciando mercados laborales inclusivos”.

²³ T. Schulten et al, cit., p.9: “In a recent evaluation report on the “impact and effectiveness of EU Public Procurement Legislation” the European Commission (2011a: ix) came to the conclusion that in practice public procurement is increasingly used to support the achievement of other policy objectives. This is true, in particular, for the promotion of environmental goals but also for the support of innovations and the development of social standards. The Commission’s estimation is based on the so in the so- called “Adelphi - Study” which contains a broad empirical evaluation on the “strategic use of public procurement in Europe” (Kahlenborn et. al. 2011). According to this study, which carried out among others a web - based survey of contracting authorities (CAs) in Europe, 45 per cent of all surveyed CAs have said that they take into account some form of social considerations in their procurement policy”.

²⁴ P. Costa Gonçalves, cit., p.20, sobre el asombroso modo de preparación de la transposición de la anterior normativa en Portugal, casi un auténtico ejemplo de su propia puesta en práctica: “Num ponto, existe, porém, a convicção de que se vai seguir um modelo diferente do que se adotou aquando da transposição das diretivas de 2004 e que conduziu à elaboração do atual Código dos Contratos Públicos: tudo parece indicar que o trabalho conducente à transposição será realizado diretamente por um organismo público do Estado, não repetindo o regime de outsourcing e a encomenda de tal tarefa a um gabinete de advogados”

²⁵ COM (2010) 608, de 27 de octubre de 2010.

denominada Acta del Mercado Único²⁶. Le siguieron el ya mencionado Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE “Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”²⁷, en enero de 2011, y la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública.

La primera de las normas futuras es la colosal Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, que deroga la anterior Directiva 2004/18/CE a partir del 18 de abril de 2016 y que ocupa nada menos que 179 páginas del Diario Oficial de la Unión Europea. En ella la dimensión socio-laboral ha ganado en presencia. La segunda, manteniendo el binomio existente, es la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Como puede verse, ésta perdura con su objetivo específico, mientras que la primera de las dos ha ganado en dimensión, al dedicarse ahora, con carácter general, a la contratación pública, entendida en toda su extensión, salvo las excepciones expresas. La novedad la aporta la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión²⁸. De nuevo se pondrá la atención principal en la primera de ellas.

En los considerandos iniciales pueden encontrarse diversas referencias al respeto de la legislación laboral y de las condiciones de trabajo, subrayando el papel de los convenios colectivos y de la legislación internacional. Se repiten así mismo las alusiones ya existentes a la protección de colectivos en situación desfavorable. A ellas se han añadido nuevas condiciones, como es la conciliación de la vida laboral y familiar, entre otras. Los subcontratistas, además, pasan a estar incluidos en esta cadena de obligaciones.

El artículo 18.2 recoge lo que a partir de ahora será el reconocimiento de estándares laborales en la ejecución, plasmando en el articulado lo que antes sólo se reflejaba en los considerandos de la norma: “Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho

²⁶ F. Villalba Pérez, “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Nueva época, 2, 2014: “La nueva Directiva sobre contratación pública (...) busca flexibilizar y simplificar los procedimientos contractuales poniendo a disposición de los poderes adjudicadores algunas técnicas o herramientas de contratación no previstas en la Directiva de 2004”.

²⁷ COM (2011) 15 final, de 27 de enero de 2011

²⁸ E. Vázquez Lacunza, “El impacto del concepto europeo de concesión en el Derecho español”, en VV.AA. (M. Almeida Cerredá, I. Martín Delgado, dirs.), *La nueva contratación pública*, Campus na nube, Santiago de Compostela, 2015, p.292: “Debido a que las Directivas comunitarias en materia de contratación pública no regulaban las concesiones de servicios, fueron continuos los errores en la calificación de los contratos que incluían prestaciones de servicios. Esta situación motivó que las características diferenciadoras de las concesiones de servicios fueran consolidándose a través de numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). De ahí que el origen de la noción de concesión de servicios, que ha sido positivizada primero en la Directiva 2004/18/CE y posteriormente en la Directiva 2014/23/UE, derive de la jurisprudencia comunitaria”.

internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”. En lo que al Derecho del Trabajo concierne, lo recogido en dicho anexo son los ocho convenios fundamentales de la OIT. Se volverá sobre ellos a propósito de los desplazamientos transnacionales de trabajadores. En cuanto a los convenios colectivos, no hay que olvidar, nunca, la doctrina *Rüffert*. En virtud del artículo 71, por añadidura, este deber de respeto se extiende también de forma expresa a los subcontratistas, haciendo así crecer la cadena de responsabilidades.

Esta “cláusula social horizontal”²⁹ es la traducción jurídica de las buenas intenciones que expresaba el antiguo considerando de la Directiva anterior, dando el crucial paso de las exposiciones de motivos al articulado de la norma. Formalmente, ha de considerarse un logro. Materialmente, se impone una sana dosis de escepticismo. ¿Es necesario recordar que en la ejecución de un contrato público se respeta el ordenamiento jurídico? ¿Se puede interpretar, *sensu contrario*, que el resto de la normativa de un país no ha de ser tomada en cuenta? Este argumento es una reducción al absurdo, por supuesto, pero sirve para poner de relieve el carácter de “brindis al sol” del precepto.

Este artículo se engarza directamente con el artículo 56, donde se faculta a los Estados para denegar al mejor postor la licitación, si se constata que no respeta lo indicado en el artículo 18.2. He aquí la doctrina *Regiopost*, que se comentará al final del trabajo, plasmada en una Directiva no entrada en vigor, *avant la lettre*.

El artículo 20 recoge, por su parte, lo ya referido en la Directiva 2004/18/CE a los trabajadores discapacitados. Pero añade una importante modificación, al incluir en el ámbito de los contratos reservados a los trabajadores “desfavorecidos”, sobre cuya caracterización se volverá más adelante. Es un avance muy considerable, ya que las cláusulas sobre discapacidad son frecuentes en los ordenamientos nacionales, pero no así éstas últimas³⁰. Ciertamente, no es una cláusula obligatoria, sino una posibilidad para los Estados, pero el hecho de crear esta habilitación legal ha de ser valorada de forma positiva³¹. Por otra parte, hay que señalar que la

²⁹ E. Mazuyer, “Droit du travail et passation de marchés publics en Europe”, *Observateur de Bruxelles*, Julio 2015, n° 101, p. 9.

³⁰ Cfr. la valoración de la Plataforma Social Europea en su documento *Des marchés publics pour le progrès social. Guide de la Plate-forme sociale pour la Directive Européenne sur la passation des marchés publics* (http://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2015/10/Public_procurement_for_social_progress.pdf), p.8: “Cependant, les statistiques officielles montrent que les entreprises préfèrent souvent payer une amende plutôt que de respecter la loi. Ceci rend l’insertion des personnes handicapées dans le marché du travail très difficile. Mais en général, il n’y a pas de lois semblables pour les personnes défavorisées. C’est pourquoi la transposition de l’article 20 est d’une importance capitale”. [última consulta 2 de diciembre de 2015].

³¹ E. Larrazábal Astigarraga, cit., p.143: “Además de a los programas de talleres y empleos protegidos, se podrá reservar el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación o reservar su ejecución, a otro tipo de entidades, tales como cooperativas o empresas de trabajo asociado. La reserva a estas entidades tendrá que efectuarse exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se recogen en su artículo 74 y que lleven determinados códigos. A pesar de ello, es necesario que se apruebe una norma que garantice dicha posibilidad, ya que la Directiva deja en manos de los Estado miembros su ejercicio”. También J. Bernete García, cit., p.88: “El Comité Económico y Social Europeo (CESE) recomienda la adjudicación obligatoria de un número o porcentaje determinado de contratos específicos a Centros Especiales de Empleo en aquellos

mención a la mayoría de la plantilla en la Directiva de 2004 se transforma en un 30% con la nueva regulación.

La condena por la realización de trabajo infantil, además, es una causa de exclusión de contratación, conforme al artículo 57. El artículo 69, por su parte, recoge lo ya existente a propósito de la capacidad de rechazar las ofertas anormalmente bajas, incluyendo entre los motivos de exclusión la falta de respeto de las condiciones laborales.

El artículo 70, por último, matiza lo dispuesto en el artículo 26 de la anterior Directiva a propósito de las condiciones para la ejecución del contrato, al señalar que “dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo”. Exige el precepto, no obstante, que las condiciones estén ligadas al objeto del contrato, lo cual puede verse como un matiz que desvirtúa por completo el inicialmente optimista contenido del artículo³².

Haciendo balance de luces y sombras³³, el resultado de esta Directiva, aparentemente, hace del respeto a la legislación laboral un puntal firme del proceso de contratación pública en Europa³⁴. Se registran en ella importantes avances en el reconocimiento de un mínimo social, pero queda todavía superar la ordalía definitiva.

En efecto, si la Unión Europea resultara destruida por un algún tipo de catástrofe posmoderna y un jurista alienígena del futuro estudiara lo aquí considerado a partir de los documentos enumerados, concluiría sin duda que lo social era un elemento de referencia indispensable en la contratación pública europea. Sin embargo, el jurista contemporáneo no puede compartir plenamente esa evaluación, al considerar la obra del Tribunal de Justicia...

5. Inciso: de nuevo sobre la transcendencia del Derecho de la competencia en el ámbito social

Estados miembros en los que exista un número importante de personas con discapacidad que pueden trabajar pero que siguen inactivas”.

³² Ibidem, p.18: “En pratique, les conditions d’exécution peuvent inclure tous les facteurs compris dans le processus de production spécifique, la fourniture ou la commercialisation de l’objet du contrat. Elles excluent les exigences liées aux politiques générales de l’entreprise, comme la responsabilité sociale des entreprises (RSE)”.

³³ La opinión esperanzada, pero vigilante, de la Federación Europea de la Construcción y la Madera, recogida en el documento “Considérations sociales dans le cadre des marchés publics. Un choix politique! “Mieux vaut prévenir que guérir” (http://www.efbww.org/pdfs/PublicProc_FINAL_FR1_GB2.pdf), p.9: “Mais sans conception correcte, cette politique échouera. Par conséquent, la transposition doit être soigneusement suivie, et des mesures concrètes doivent être évaluées et contrôlées depuis la pré- jusqu’à la post-passation des marchés. Les initiatives doivent être bien préparées. Dans l’intervalle, les États membres ont lancé les préparatifs de la transposition, et certaines initiatives sont prometteuses”. [última consulta 2 de diciembre de 2015].

³⁴ Cfr. el balance de E. Van den Abeele, “La nouvelle directive européenne 2014/24/EU: une évolution constructive” (<http://clausesocialebruxelles.be/?ailleurs-aussi>): “Certes, il reste encore un long chemin à parcourir pour avoir une législation qui soit totalement compatible avec le développement durable, le respect irréfragable d’un haut niveau de protection sociale et la définition de critères d’emplois de qualité. Mais l’évolution est encourageante notamment au regard du rapport de forces, qui ne penche pas nécessairement en faveur d’une Europe progressiste. Espérons que le nouvelle Commission Junker aura à cœur de confirmer la tendance”. [última consulta 2 de diciembre de 2015].

Como se ha podido constatar hasta ahora, la normativa analizada contiene referencias a determinados grupos de personas, buscando favorecer su acceso al empleo, pero sin contener caracterización alguna de ellos. Para su correcta identificación en este contexto, es menester acudir al Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado.

Esta norma, estricto Derecho de la competencia, contiene cuatro definiciones relevantes en lo que ahora ocupa. En primer lugar, su artículo 2.3 caracteriza al trabajador con discapacidad como “toda persona que esté reconocida como persona con discapacidad con arreglo a la legislación nacional, o tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan dificultar su participación plena y efectiva en un entorno de trabajo, en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. A los efectos de interpretar esta definición, en cualquier caso, ha de tenerse en cuenta la interpretación expansiva que de la noción de discapacidad ha llevado a cabo el Tribunal de Justicia en las sentencias *HK Danmark* y *Kaltoft*.

En segundo lugar, el artículo 2.4 caracteriza a los trabajadores desfavorecidos como “toda persona que no haya tenido un empleo fijo remunerado en los seis meses anteriores, o tenga entre 15 y 24 años, o no cuente con cualificaciones educativas de formación secundaria o profesional superior (Clasificación Internacional Normalizada de la Educación 3), o haya finalizado su educación a tiempo completo en los dos años anteriores y no haya tenido antes un primer empleo fijo remunerado, o tenga más de 50 años, o sea un adulto que viva como soltero y del que dependan una o más personas, o trabaje en un sector o profesión en un Estado miembro en donde el desequilibrio entre sexos sea por lo menos un 25 % superior a la media nacional en el conjunto de los sectores económicos del Estado miembro de que se trate, y forme parte de ese grupo de género subrepresentado, o sea miembro de una minoría étnica en un Estado miembro y necesite desarrollar su perfil lingüístico, de formación profesional o de experiencia laboral para mejorar sus perspectivas de acceso a un empleo estable”. No es posible describir con mayor precisión a las principales víctimas de la crisis que ha sacudido los cimientos de Europa.

En tercer lugar, el artículo 2.99³⁵ define al trabajador muy desfavorecido como “toda persona que no haya tenido un empleo fijo remunerado durante al menos 24 meses, o no haya tenido un empleo fijo remunerado durante al menos 12 meses y pertenezca a una de las categorías b) a g) mencionadas en la definición de «trabajador desfavorecido».

En cuarto y último lugar, el artículo 2.100 caracteriza el empleo protegido como el “empleo en una empresa cuya plantilla esté compuesta, como mínimo, por un 30 % de trabajadores con discapacidad”.

³⁵ Numeración que indica sin ningún género de duda lo prolijo de este Reglamento.

6. Los desplazamientos transnacionales de trabajadores en las Directivas de contratos públicos

La perspectiva de optimismo laboral debe ser matizada, eso sí, cuando se aborda la cuestión de la contratación transnacional, un elemento de gran relevancia dentro del objetivo de liberalización del mercado de servicios. Los diez años que corren entre una y otra Directiva suponen el paso de la Europa de los 15 a la de los 28 y en el ámbito laboral esa transición es particularmente relevante. Las menciones a los desplazamientos transnacionales de trabajadores se han multiplicado en los considerandos iniciales.

En efecto, la Directiva de 2004 se limitaba a señalar en su considerando 34, que “para las situaciones transfronterizas, en las que los trabajadores de un Estado miembro prestan sus servicios en otro Estado miembro para la realización de un contrato público, la Directiva 96/71/CE (...) enuncia las condiciones mínimas que han de respetarse en el país de acogida en relación con dichos trabajadores desplazados. Si el Derecho nacional contemplare disposiciones a tal efecto, el incumplimiento de dichas obligaciones se podrá considerar una falta grave o un delito que afecta a la moralidad profesional del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público”. Ésta era, a primera vista, una indicación neutra, un simple muestreo del ordenamiento en vigor.

La Directiva de 2014, en cambio, altera por completo el enfoque, incluyendo dos relevantes menciones en sus considerandos iniciales. La primera aparece en el número 37, matizando las medidas de vigilancia del respeto de la legislación laboral: “Dichas medidas pertinentes se deben aplicar de conformidad con la Directiva 96/71/CE (...) y de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros”.

Recalcando esta dimensión de la protección transnacional, hay señalar el número 98: “Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate. Además, deberían aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los Acuerdos de Libre Comercio en los que la Unión sea parte. Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva”.

La mención de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia interpretando la Directiva 96/71/CE debería llamar a espanto al lector, dado que se alude veladamente al caso *Rüffert*. Y no menos

pavor deberían suscitar las referencias al ACP y los Acuerdos de Libre Comercio. En los días en los que lo más parecido a un fantasma que recorre Europa es el TTIP, la indicación permite visualizar una nueva versión del Desembarco de Normandía protagonizada por trabajadores desplazados y no la 101ª Aerotransportada.

Es en este momento en el que cobran relieve las indicaciones a propósito del respeto de los convenios fundamentales de la OIT. Como es sabido, estos ya han sido utilizados anteriormente como un criterio de referencia por la Unión Europea. En efecto, ya el Reglamento (CE) nº 980/2005 del Consejo, un acto enmarcado en la política comercial común, recogía un régimen denominado “régimen de estímulo del desarrollo sostenible y el buen gobierno” (SPG+). La exigencia de respeto de la normativa internacional se ha extendido a otros acuerdos que van más allá de lo estrictamente social³⁶. Los beneficios de su cumplimiento y las consecuencias de su infracción se localizan en el plano arancelario. Lo que ha servido, por lo tanto, para el comercio de mercancías se traslada ahora al tráfico de servicios y prestaciones para las poderes públicos.

7. El caso *Rüffert*

Siete años después de esta sentencia, resulta ocioso volver sobre el caso *Rüffert*³⁷, del que ya está todo escrito. No fue, en modo alguno, la primera sentencia del Tribunal de Justicia en materia de contratación pública condicionada por cláusulas de tipo laboral³⁸. Baste con

³⁶ El anexo correspondiente del Reglamento recoge el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el Convenio relativo a la edad mínima de admisión al empleo (Nº 138), el Convenio relativo a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (Nº 182), el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (Nº 105), el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (Nº 29), el Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (Nº 100), el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Nº 111), el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (Nº 87), el Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva (Nº 98) y la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid.

³⁷ ECLI:EU:C:2008:189.

³⁸ E. Mazuyer, cit., p.8 : “Dans un arrêt dit *Beentjes* , la Cour avait jugé valable dans son principe un critère d’attribution additionnel lié à la lutte contre le chômage, pourvu que soient respectés tous les principes fondamentaux du droit communautaire .Puis, elle avait admis la prise en considération de données sociales dans l’attribution des marchés publics à l’occasion de la passation de plusieurs marchés de travaux ayant pour objet la construction et la maintenance de bâtiments scolaires menées par la région Nord-Pas-de-Calais et le département du Nord. Dans cet arrêt, l’exigence du lien avec l’objet du marché n’était pas posée. Enfin, dans l’arrêt *Concordia Bus Finland* de 2002 , la Cour a reconnu que les critères pouvaient ne pas être tous de nature économique. Les critères d’attribution peuvent prendre la forme d’une combinaison de critères qualitatifs et économiques sous quatre conditions: 1. le critère doit être lié à l’objet du marché; 2. le critère doit être objectif et suffisamment précis, c’est-à-dire que son utilisation ne doit pas donner lieu à une liberté inconditionnée de choix pour le pouvoir adjudicateur; 3. le critère doit respecter les obligations de publicité; 4. le critère ne doit pas violer le principe de non-discrimination”. Cf. la valoración de esta jurisprudencia de M. Paniagua Zurera, “Las

recordar, simplemente, que en aquella ominosa ocasión la subcontratista polaca de una empresa alemana, ganadora de una licitación de obra pública, abonaba salarios inferiores a los establecidos en el convenio de la construcción. El Tribunal de Justicia falló en aquella ocasión que exigir el respeto de dicho convenio por la Administración licitadora era contrario a la libre prestación de servicios, atendiendo muy significativamente a la falta de carácter universal de la regulación exigida.

No está de más señalar que en toda la sentencia no hubo una sola mención de la Directiva 2004/18/CE. Sí fue mencionada en las Conclusiones del Abogado General, como un factor considerable a la hora de delimitar las condiciones de contratación: “la adjudicación de contratos públicos permite también la realización de otras necesidades de interés general”. El hecho de que el Tribunal pasara por alto esta indicación fue objeto de una pregunta escrita en el Parlamento Europeo³⁹. La Comisión, en su respuesta un tanto torticera, indicó otro párrafo de las propias Conclusiones en las que el Abogado General consideraba que la Directiva 93/37/CEE, antecesora de la 2004/18/CE, no resultaba relevante para el caso.

8. La sentencia *Bundesdruckerei*

Tras unos años de mutis, las cláusulas de este tipo volvieron al Tribunal de Justicia. En efecto, la sentencia de 18 de septiembre de 2014, *Bundesdruckerei GMBH y Stadt Dortmund*, asunto C-549/13⁴⁰, se añadió a la ominosa lista de sentencias del Tribunal de Justicia en las que las libertades mercantiles desgarran gravemente el tejido de la Europa social.

En la situación estudiada, la ciudad de Dortmund había licitado un contrato público relativo a la digitalización de documentos y otras actividades, entre cuyas condiciones se exigía al vencedor que abonara a sus trabajadores y a los posibles empleados de las subcontratistas un salario mínimo por hora de 8,62 euros. Una de las empresas participantes en la licitación comunicó a la Administración que todas las prestaciones se realizarían en Polonia, donde tal condición no era viable. Ante la negativa del ayuntamiento de Dortmund a eximir del requisito a la empresa *Bundesdruckerei*, ésta impugnó la decisión ante un órgano de control de la competencia. Como el Tribunal de Justicia le reconoce la naturaleza de órgano jurisdiccional, la cuestión prejudicial se elevó.

El hecho de que la primera sentencia citada al abordar el fondo de la cuestión fuera la mencionada *Rüffert* ya podía hacer intuir por dónde iba a dirimirse el caso. En efecto, la primera declaración del Tribunal fue considerar inaplicable la Directiva 96/71/CE, puesto que

empresas de inserción sociolaboral y las cláusulas sociales en la contratación publicados instrumentos necesarios para la innovación social hacia el desarrollo”, *Revista de Estudios Cooperativos*, 112, 2013, p.203 “No exageramos si afirmamos que el mayor impulso a los criterios sociales en la contratación pública armonizada se debe a la sensibilidad (social) y la valentía (jurídica) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”.

³⁹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+P-2008-2404+0+DOC+XML+V0//ES>

⁴⁰ ECLI:EU:C:2014:2235

no había desplazamiento alguno de trabajadores, dado que éstos no llegarían a salir nunca de Polonia, donde realizarían íntegramente las tareas objeto de la licitación.

El conflicto debía dirimirse, pues, en el ámbito del artículo 56 TFUE, la libre prestación de servicios. Siguiendo de nuevo *Rüffert*, “la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a los subcontratistas de un licitador establecidos en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que los salarios mínimos sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida”.

A esa restricción se oponía la finalidad de proteger los intereses de los trabajadores y evitar el *dumping* social, que fue rechazada por el Tribunal recurriendo por tercera vez a los argumentos de *Rüffert*, considerándola desproporcionada⁴¹. En las palabras del Tribunal, “privaría, por ello, a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos”⁴². El objetivo de protección del equilibrio de la Seguridad social siguió el mismo camino, puesto que los problemas recaerían en Polonia y no en Alemania.

¿Y qué fue de la Directiva 2004/18/CE en esta sentencia? El Tribunal la despachó de forma tajante en el considerando 26. “Supuso” que una exigencia como la analizada podía ser entendida como una consideración de tipo social de las amparadas por la Directiva. Pero eliminó cualquier influencia que pudiera tener al afirmar que, en cualquier caso, debía estar sometida al Derecho comunitario, conclusión a la que llegó de forma tácita y veloz.

9. El inesperado cambio de sentido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el salario mínimo y los contratos públicos

La jurisprudencia descrita del Tribunal de Justicia en materia de cláusulas de empleo en la contratación pública podría calificarse como ominosa, con los precedentes de los casos *Rüffert* y *Bundesdruckerei*. En contraste, la sentencia de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost*

⁴¹ El acertado comentario de J. Porta, “Le salaire minimum, un instrument national pour lutter contre le dumping social?”, *Montesquieu Law Review*, 3, 2015, p.4: “ A ce compte, il y a peu de règle du droit social qui ne soit susceptible d’être qualifiée de restriction à la libre prestation. Toute à l’idée libérale de la notion de restriction, la Cour paraît bien convaincue que le respect du droit (social) constitue en soi un péché économique, une externalité négative entravant la libre circulation. Or, si elle n’est pas fermée, la voie du rachat est étroite. Il faut aux autorités nationales justifier de la poursuite strictement proportionnée d’un objectif européen-compatible”.

⁴² A. Broche, “L’arrêt « Bundesdruckerei » ou l’effacement de la protection sociale des travailleurs face à la libre prestation de services” (<http://blogs.u-paris10.fr/content/1%E2%80%99arr%C3%AAt-%C2%AB-bundesdruckerei-%C2%BB-ou-1%E2%80%99effacement-de-la-protection-sociale-des-travailleurs-face-%C3%A0>) : “Au niveau national, on note donc une difficulté à réglementer la matière sociale. Au niveau européen, on dénote une inaptitude et une insuffisance du droit dérivé en la matière. La directive 96/71 ne se révèle pas suffisamment adaptée aux deux objectifs énoncés ci-dessus et ne s’adresse qu’aux seuls travailleurs détachés, ne couvrant pas la sous-traitance exécutée dans un Etat membre autre que celui proposant la conclusion du marché ”. [última consulta 2 de diciembre de 2015].

GmbH & Co. KG y Stadt Landau in der Pfalz, asunto C-115/14⁴³, ha traído un soplo de aire fresco para la Europa social que últimamente era difícil encontrar en Luxemburgo. El caso no se diferenciaba en gran medida de acontecimientos anteriores⁴⁴, si bien algunos matices han resultado de enorme importancia a la hora de determinar el fallo final del Tribunal de Justicia.

Acogiéndose a las cláusulas sobre empleo y condiciones de trabajo que ampara la Directiva 2004/18/CE, el Ayuntamiento de Landau, en el Palatinado alemán, estableció en el contexto de la adjudicación de un contrato público de servicios postales una cláusula por la cual imponía a los licitadores y a sus subcontratistas, pagar un salario mínimo al personal que ejecutase las prestaciones objeto de esa licitación. RegioPost, una de las empresas que concurrió al concurso, consideró que dicha cláusula era ilegal y en su propuesta no respetó su contenido. Obviamente, el Ayuntamiento no la tuvo en cuenta, siendo impugnada ante los Tribunales la decisión municipal. En el curso del litigio, se planteó la cuestión prejudicial, para intentar determinar si la normativa europea era relevante en el caso estudiado, puesto que tanto la autoridad licitadora como la empresa (y las restantes empresas competidoras) se encontraban en Alemania.

Prueba de la importancia del asunto es la participación en el litigio, además de la de las partes implicadas, de los Gobiernos alemán, danés, italiano, austriaco y noruego y de la Comisión Europea. Para salvar el obstáculo preliminar de las conexiones exclusivamente alemanas, el Tribunal de Justicia llevó a cabo una finta encuadrando el estudio del caso en la transposición de la Directiva 2004/18/CE y en los posibles efectos disuasorios que la normativa podría tener en prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros.

Primer gran contraste con el caso *Bundesdruckerei*: la sentencia consideró sin el menor asomo de duda que la cláusula descrita constituía una “condición especial en relación con la ejecución del contrato” referida a “consideraciones de tipo social” en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE. Lo que en 2014 era una simple suposición, aquí se transformaba en afirmación rotunda. Procedía, pues, su examen de compatibilidad con el Derecho de la Unión, condición a la que siempre quedan sometidas este tipo de cláusulas. La norma de contraste, parecía claro, había de ser la Directiva 96/71/CE.

El hecho de que el salario mínimo viniera impuesto expresamente por una norma general con rango de ley favoreció, sin duda, que el primer examen del Tribunal fuera positivo. Nada de lo dicho en *Rüffert* podía volver aquí a la luz, excepto para ser señalado expresamente como el

⁴³ ECLI:EU:C:2015:760

⁴⁴ Tanto era así que la opinión del Gobierno escocés (http://www.scottish.parliament.uk/S4_InfrastructureandCapitalInvestmentCommittee/General%20Documents/Letter_from_Cabinet_Secretary_on_Prestwick_Airport.pdf) apostaba sin duda por la continuidad: “There is another case on which the Court of Justice of the European Union has been asked to provide a ruling; RegioPost v Stadt Landau, (C-115/14). The Court has been asked whether a public body can only award public contracts to contractors that agree to a condition set for public contract only (i.e. not including private contracts) to pay a specified rate of pay where there is an existing legal obligation to do so. We await the Court’s findings on this issue, but have no reason to expect that it will differ substantially from previous rulings”.

modelo de actuación incorrecta por remisión. Examinando a continuación el contraste con el artículo 56 TFUE con la base en el argumento de *Rüffert* sobre la distinción entre aplicación a contratos públicos y privados, el Tribunal no encontró obstáculo alguno a la validez de la norma. Constituía un zócalo mínimo justificado por la protección de los intereses de los trabajadores y el hecho de que se aplicara a todos los contratos públicos le daba la suficiente naturaleza de generalidad para resistir el contraste con la doctrina jurisprudencial anterior.

En último lugar, la sentencia analizó la validez de la exclusión de la licitación que imponía la norma, considerada por la empresa como poco proporcionada. El Tribunal no acogió esta alegación, empleando como criterio de ponderación el considerando 34 de la Directiva 2004/18/CE, que indica que la normativa laboral ha de respetarse en la ejecución del contrato y que su incumplimiento puede dar lugar a la exclusión del contrato. Por otra parte, señaló que el cumplimiento de la obligación no resultaba gravoso en absoluto. En ocasiones anteriores el Tribunal ha condenado medidas nacionales por la burocracia que implicaba⁴⁵, pero no en ésta, ya que era de fácil cumplimiento.

El Tribunal de Justicia, en definitiva, ha dado indicaciones muy claras de cómo poner en práctica las cláusulas de contenido sociolaboral en la contratación pública, no para el agrado de todos, ciertamente⁴⁶. No deja de sorprender que en esta ocasión la Sala Cuarta estuviera compuesta por las tres personas que componían la Sala Novena, autora de *Bundesdruckerei*, y dos jueces más. ¿Tanto ha cambiado el criterio de afectación al tráfico transnacional? La legitimación del *dumping* a distancia que supuso la sentencia de 2014, ¿habrá encontrado la horma de su zapato? Esta sentencia puede representar, en conclusión, un importante impulso a la nueva regulación de las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en los contratos públicos que entrará en vigor en 2016.

10. Elenco de bibliografía empleada

Monografías y capítulos de libros

M. Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

⁴⁵ Entre otras, en la sentencia de 7 de octubre de 2010, *Vitor Manuel dos Santos Palhota y otros*, asunto C-515/08, ECLI:EU:C:2010:589.

⁴⁶ Sobre las Conclusiones del Abogado General Mengozzi, que anticipaban el resultado de la sentencia, véase la opinión contraria de A. Sempere, *Living wages in public contracts: A chance to reconsider Rüffert* (http://www.procurementanalysis.eu/resources/Living+wages+in+public+contracts_RegioPost.pdf):

“Mengozzi’s opinion will be welcomed by those who support the use of living wages in public contracts, as it creates a line of argumentation which the CJEU may adopt to distance itself from Rüffert. Although he does not mention the 2014 directives, Mengozzi’s reasoning appears to be more in line with the expanded ability to apply social considerations under the new directives, including the explicit ability to reject tenders which do not comply with applicable social or labour laws or collective agreements under Article 56.1 of Directive 2014/24/EU. I agree with the criticism (put forward by Albert Sánchez Graells in his timely blog here) that just because an authority has a competence to do something - in this case, to apply minimum wages in respect of workers on public contracts only - it does not necessarily have a commensurate ability to do that thing in the context of an EU regulated procurement”. [última consulta 7 de diciembre de 2015].

E. Borrajo Dacruz, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 1996.

P. Costa Gonçalves, “A “nova contratação pública”. As directivas de 2014”, en VV.AA. (M. Almeida Cerredá, I. Martín Delgado, dirs.), *La nueva contratación pública*, Campus na nube, Santiago de Compostela, 2015.

J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, 21ª ed, Dalloz, París, 2002.

S. Rodríguez Escanciano, *Cláusulas Sociales y Licitación Pública*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.

E. Vázquez Lacunza, “El impacto del concepto europeo de concesión en el Derecho español”, en VV.AA. (M. Almeida Cerredá, I. Martín Delgado, dirs.), *La nueva contratación pública*, Campus na nube, Santiago de Compostela, 2015.

Artículos de revista

J. Bernete García, “Cláusulas sociales en la contratación pública: Nuevos instrumentos para el fomento del empleo a nivel local”, *Cuadernos de Trabajo Social*, 26, 1, 2013.

L. Cosculluela Montaner, “La Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Española de Control Externo*, 27, 2007.

E. Larrazábal Astigarraga, “Las cláusulas sociales en la contratación pública y la posibilidad de establecer un salario mínimo en la ejecución de los contratos”, *Lan Harremanak*, 31, 2014.

E. Mazuyer, “Droit du travail et passation de marchés publics en Europe”, *Observateur de Bruxelles*, 101, Julio 2015.

M. Paniagua Zurera, “Las empresas de inserción sociolaboral y las cláusulas sociales en la contratación publicados instrumentos necesarios para la innovación social hacia el desarrollo”, *Revista de Estudios Cooperativos*, 112, 2013.

J. A. Pérez-Ilzarbe, “Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público”, *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales*, 40, 2006.

J. Porta, “Le salaire minimum, un instrument national pour lutter contre le dumping social?”, *Montesquieu Law Review*, 3, 2015.

E. Román Vaca, “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho comunitario. El ejemplo sevillano”, *Revista de Derecho Social*, 36, 2006.

M. R. Vallecilla Gámez, “Cláusulas sociales y empresas de inserción: de las inciertas subvenciones a la creación de mercados tutelados”, *Trabajo. Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, 21, 2008.

F. Villalba Pérez, “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Nueva época, 2, 2014.

G. Zúñiga Rial, “El tratamiento de las cláusulas sociales en la normativa reguladora de la contratación pública. Su consideración como criterios de adjudicación de los contratos administrativos”, *Dereito*, 17, 2, 2008.

Documentos online

A. Broche, “L’arrêt « Bundesdruckerei » ou l’effacement de la protection sociale des travailleurs face à la libre prestation de services” (<http://blogs.u-paris10.fr/content/1%E2%80%99arr%C3%AAt-%C2%AB-bundesdruckerei-%C2%BB-ou-1%E2%80%99effacement-de-la-protection-sociale-des-travailleurs-face-%C3%A0>)

Federación Europea de la Construcción y la Madera, “Considérations sociales dans le cadre des marchés publics. Un choix politique! “Mieux vaut prévenir que guérir” (http://www.efbww.org/pdfs/PublicProc_FINAL_FR1_GB2.pdf)

Observatoire social européen, “Les clauses sociales dans les marchés publics” (<http://www.ose.be/files/publication/fichesFEC/39-%20Clauses%20mp.pdf>)

Plataforma Social Europea, *Des marchés publics pour le progrès social. Guide de la Plateforme sociale pour la Directive Européenne sur la passation des marchés publics* (http://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2015/10/Public_procurement_for_social_progress.pdf)

F. Renvoisé et al, *Les clauses sociales dans la commande publique du ministère de l’écologie, du développement durable et de l’énergie, et du ministère de l’égalité des territoires et du logement* (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000044.pdf>)

A. Semple, *Living wages in public contracts: A chance to reconsider Rüffert* (http://www.procurementanalysis.eu/resources/Living+wages+in+public+contracts_RegioPost.pdf)

T. Schulten et al, *Pay and other social clauses in European public procurement. An overview on regulation and practices with a focus on Denmark, Germany, Norway, Switzerland and the United Kingdom* (http://www.boeckler.de/pdf/wsi_schulten_pay_and_other_social_causes.pdf)

E. Van den Abeele, “La nouvelle directive européenne 2014/24/EU: une évolution constructive” (<http://clausesocialebruxelles.be/?ailleurs-aussi>):